R

D LEONOR DE ALFARO, VIVDA DE MANVEL DIAZ, VEZINO Y

Regidor perpetuo que fue de la Ciudad de Ecija.

SOBRE

El deſembargo pedido por ſu parte, de los bienes vinculados por el delito que cometiô Doña Beatriz Manuel hija de los dichos,

A QVE SALIO

El Señor Fiſcal de eſte Santo Tribunal, contradiciendo.

Se ſuplica â V. S. paſe los ojos por eſtos breves apuntamientos que aſiſten à la juſticia de D. Leonor, para obtener en eſta cauſa.

Num. 1. RES pedimientos á hecho el Señor Fiscal, contradiciendo el desembargo pedido, y toda su contextura se reduce à tres opposicio nes en que estriba; para impedir la pretension de Doña Leonor de Alfaro; que son las principales que motivan el intento.

La primera es, que por averse puesto el Mayorazgo en cabeça de D. Beatriz Manuel hija vnica de los Fundadores, y que este se formò de los bienes de su ligitima, por ser poseedora de ellos, y tener el dominio; se le deve denegar el desembargo pedido; porque estando condenada por este Tribunal, se tienen de aplicar al Fisco, por averse pribado de su posesion, y por su delito quedò incapaz de poseerlos conforme à la facultad Real.

La segunda, que respecto de dicha fundacion, y llamamiento tubo posesion, y que mientras estubo oculto el delicto, estubo capaz, y que adquiriò con efecto.

La tercera, que en este Vinculo, el llamamiento que hizieron los Fundadores á los sucesores inmediatos (casso q̃ alguno de los poseedores cometiese delicto de læssa Magestad divina, humana, ò pecado nefando) es en fraude del Fisco, y contra la facultad Real, y que assi se tiene de declarar aver lugar la confiscacion del Mayorazgo; y por cõsiguiẽte denegarse el desembargo pedido por la dicha D. Leonor.

¶ A estos tres punctos principales se reduce la contradicion que haze el Señor Fiscal; à que se pretende satisfacer; ex sequentibus.

Num. 2. Consiste la primera opposicion en que por tener los bienes en posession D. Beatriz; ser de Mayorazgo, hija vnica de los Fundadores, à lugar dicha confiscacion; por ser perdidos conforme à la facultad Real, à que dió causa el delicto de Iudaysmo que cometiò.

Num. 3. Dos partes tiene esta opposicion, que poseyò D. Beatriz el Mayorazgo, luego q̃ se fundó por las razones referidas, es la vna; y que por el delicto de Iudaysmo que cometió, perdiò la posession, & venit fisco applicanda, por no quedar capaz de poseer; la otra.

Num. 4. Para satisfacion de la primera parte, obiter diremos que la posession (omissis opinionibus) est in duplici differentia, alia civilis, naturalis alia, real mente distinctas, *L. clam possidere*

sidere §. qui ad nundinas de acquiren. posess. Ant. Gomez in l. 45. de Toro nu. 19. vbi de varijs speciebus, y en el dicho nu. *vers. sed his non obstantibus*, trata ad extēsum; que por no tocar al casso no se disputa dellas. Lo que se asienta es, q̄ la vna ni otra tuvo D. Beatriz, porque viviendo los Fundadores que fueron sus Padres, no se pudo transferir la natural, ni civil possessiō, *d. l. 45. & ibi Gomez supra*, ni se la cōfirio aver muerto Manuel Diaz su padre, (q̄ fue por el mes de Agosto del año de 1646.) estorbola, la supervivencia de D. Leonor su Madre, que oy litiga; por ser condicion expressa que gozē los dos Fundadores del vsufructo durāte los dias de su vida, (como consta de dicha fundacion) y tiene tāta fuerça su disposicion, que quita otra qualquiera. *L. fin. C. de pact. conven. & ibi Bald. Ant. Gomez tomo 1. varia. cap. 9. n. 50.* Y por vivir dicha doña Leonor, no es llegado el casso para q̄ vbiesse translacion de posesion, *Quoniam hæc non trasfertur absq; apræhensione, Alex. in l. si mora, col. 2. ff. sol. matr. Bosius pract. crimin. tit. de bonorum publi. n. 26. Tiraquel. in L. si vnquam C. de revocan. donat. verbo revertantur n. 388.* y faltādo esta aprehension en su hija, y no probandose (como no se prueba) q̄ la aya tomado, la omitimos por no estar en sus terminos, y assi en quanto à esta parte por este defecto *nihil commodi potest fiscus reportare*; Y porque el Señor Fiscal dize adquirió luego, en virtud de la fundacion, quedamos en los de posession ficta, que es la que parece se adapta mas à nuestro casso, y al estado de este pleito, sobre que se ofrece dezir lo siguiente, para yr procediendo conforme al en que le hallamos.

Num. 5. Entre nueve actos fictos que confieren posession, vno es la entrega del instrumento del Mayorazgo, con cuyo acto es visto adquirirse, *Ant. Gom. in l. 45. Tauri n. 56. l. 1. C. de donat. & ibi glos. & est communis Doctorum oppinio*, que en estos cassos mediante esta forma se adquiera; y es la razon, q̄ por la entrega del instrumento en quien se contiene *Ius vel titulus ipsius rei* se finge ser entrega de la mesma cossa, porq̄ *como traditio instrumēti respectu sui nihil principaliter operetur, conveniens fuit, quod operetur in reipsa contenta in instrumento, vt tradita figuretur*, (y es la causa) *ne actus sit innutilis. Hanc rationem docet Salic. in l. licet 4. C. de acquir. poses. vol. 2. vers. in quinto cassu*, y esta doctrina se à de entēder assi en los bienes

muebles

muebles como en los inmuebles; porque como la Ley mi-
lita en el vno y otro caso, assi es comprehensiva de todo: in
distinctamente lo decide la *l. 8. tit. 30. par. 3. ibi dando algun*
ome à otro eredamiento, ò otra cosa, y Greg. Lopez in d. l. glos. 1.
Bart. in l. labeo ff. de pactis, Ant. Gom. in dict. l. 45. n. 57. & 58.
y atenta la calidad del casso, y que en el la posession ficta có
fiere derecho, no se necesita para su adquisicion de otro
acto que del ficto, *l. 17. Tauri, & ibi Ant. Gom. n. 15. vers. sed*
bis non obstantibus prope finem, & n. 16. porque este dà verda-
dera y juridica posession, como la verdad en el acto y casso
verdadero, *l. 1. §. si jusserim. ff. de acquir. possess. l. quod meo, 18.*
§. si venditorem, vers. aut si vicinum, eodẽ tit. l. 1. ff. de adoption.
y esto tiene fuerça quando es ficcion de la ley, (como lo es
la referida en que nos hallamos) *L. 1. C. de rei vxoriæ actio.*
Surdo cons. 349. n. 45. Pater Molin. de Iust. & iure to. 1. tract.
2. disput. 13. vers. 2. (quo stabilito,) agendum erit de forma & so
lemnitate cum qua prædictus actus perficitur, para con este me-
dio *ad vlteriora prosequi.*

Num. 6. Todas las vezes que la Ley dà forma para la celebridad
del contrato, es preciso ajustarle à su disposicion; y en nues
tro casso la de la *l. 44. de Toro en aquellas palabras, o de vbiere*
entregado la Escriptura dello ante Escrivano, l. 4. tit. 7. lib. 5. Re
copil. y alli la palabra *vbiere entregado,* mira à la traslacion de
posession, y adquisicion della, y la palabra *ante Escrivano,*
à la perfeccion y complemento del acto, con que abraça el
vno y otro intento. Y tiene tanta fuerça esta formalidad, q̃
si traditio fiat coram judice, & alijs personis nisi id fiat coram Ta
bellione, non est sufficiens traditio. Tello Fern. in l. 17. Tauri n.
68. (quo supposito) si se vicia el acto por contravenir à su for
ma, *redditur nullus, L. 3. tit. 26. part. 3.* por serle esencial su
complemento, y ser calidad sin la qual no puede subsistir,
L. divus 7. ff. de in integ. resti. l. Iulianus 9. §. si quis rem, & ibi
Bald. ff. ad exhibendum. Y si in minimo defficiat corruit actus, l. cum
hi 8. §. si Prætor ff. de transact. l. non dubium 5. C. de legibus. Y
no se puede suplir, añadir, ni quitar en ella, *l. 1. §. opus novum*
ff. de operis novi nunti, nam paria sunt aliquid fieri contra legem,
ac non servare formam legis, argumento tex. in d. l. non dubium
authent. qui res cum ibi notatis, C. de sacrosanct. Ecclesiæ, at sic
est, que en los Autos no consta de dicha observacion de su
forma, ni q̃ se le aya entregado à D. Beatriz la Escriptura,

insignũ possessionis, ni en otro modo alguno, ni se halla feé de Escrivano que la califique: luego manifiestamente se reconoce, que nunca aprehendió la possession por acto ficto; q̃ para su consecució intervinicsse: corroborar con lo que en el n. 17. infra se advierte para la exclusion del Fisco.

Num. 7. Insistese de contrario, que por averse fundado en cabeça de D. Beatriz el Mayorazgo, eo ipso, tiene possession, *sed excluditur*, porque la fundacion por si no es extensible à mas de fundacion, *nam vires eius, Pœnes consensus contrahentium sunt, & vltra eorum intentionem non posunt operare. L. non omnis, ff. de reb. cr. & si cert. petat l. in agris, ff. de acqui. rei Dom. Ant. Gom. in l. 22. Tauri n. 24.* Y si depende de la voluntad de los agentes, y ellos no dan consentimiento; en fuerza suya sola, no es valida para transferir derecho; y assi necessita de aceptacion, *L. si ego, ff. de Nego gest. l. in omnibus 54. ff. de actio. & oblig. vbi Iure Consultus inquit*; que en todas las cosas que transfieren dominio; *concurrat affectus ex vtraque parte contrahentiũ nã in qualibet causa contrahẽdi, nisi animus vtriusq; consentiat: id quod inchoatur per duci ad effectum non potest. Pet. Gregor. syntagm. jur. lib. 28. cap. 13. n. 1. Matienzo in l. 7. glos. 2. tit. 10. lib. 5. Recop. n. 9. Val. consult. 55. n. 2. tum alijs.* No se halla que D. Beatriz la aya aceptado, luego no se le à trãsferido derecho alguno, ni se ajusta estuviese presente de los Autos, y es necessario que se haga mencion en estos casos, de la presencia de la parte en los contractos; *Quia per huiusmodi verba probatur præsentia, L. optima in, C. de contra. & com. stip. ibi, inter præsentes, & qui contrarium voluerit; præsentiam debet probare*, por no admitirse presuncion, *quia est quid facti, & facta non præsumuntur nisi probentur, L. in Bello, §. facta, ff. de capticus, l. 1. C. de prob. cum vulgatis*. Con evidencia cõsta que no se halla tenga possession natural, civil, ni ficta, y està do destituida (como lo està) della, no ay por dõde el Fisco pueda tener derecho que le assista al intento. Esta flaqueza reconociò el Señor Fiscal en los Autos, y para consolidarla pidiò declarase D. Beatriz, si se avia hallado à la instituciõ del Mayorazgo presente, si le avia aceptado, si avia tomado possession, y goçado de sus fructos, (y bien se conoce q̃ este pedimiento es, in supplementum probationis, argumento del defecto de prueba en lo substancial que en esta parte padece la del Fisco) y respecto q̃ por dicha declaracion cõsta, que

que de la fundacion no supo en muchos años despues, ni se hallò presente, ni de que bienes se avia fundado, se le cerrò la puerta por este camino, con que se confirma en quanto à esto lo referido, *Maxime cum successor Maioratus nullum jus habeat in eo nisi ab eo instanti quo sibi dies successionis cæssit Molin. lib. 2. cap. 12. n. 30. de Primog.* y faltado este no se puede ajustar aya tenido algun genero de posesion D. Beatriz.

Num. 8. Sed obijcies primo, la aceptació no fue menester en este casso, porque sin ella tenia el acto complemento: *justa dispositionem l. 3. tit. 8. lib. 3. Ordina. l. 2. tit. 16. lib. 5. Recop. vbi probatur,* que no se necesita de esta acceptacion en los contractos, aunque sea entre ausentes luego, aunque esta falta se ni estuviese presente D. Beatriz, desde luego quedò perfecto, y se transfiriò el derecho en ella: *nihilominus,* no prejudica à lo referido, porq̃ solo milita la l. 3. en el contracto de obligacion, y en estos terminos corre su decision, pero no en los del casso en que estamos de donacion: porque como esta ley sea correctoria del derecho comun, y habla de obligacion, no es extensible à nuestra especie, *Greg. Lopez in l. 4. tit. 4. Part. 5. glosa in verbo no lo pueda facer, & communiter in Authent. quas actiones, C. de Sacrosanct. Eccle. & in l. si constante, ff. sol. matr.* porque la Ley mirò à quitar los escrupulos del derecho comun, y forma de las estipulaciones q̃ inducian obligacion. Y porque en las donaciones no se presupone obligacion de parte del que dona, *& aliter contingit in obligatione ratione contractus nam pro illa redimẽda promittit,* y como falte en estotro casso esta razõ, por ser acto libre de mera voluntad *nõ est liganda sicut voluntas illius qui se obligare vult,* esta razon de diferencia diò la Ley *& ex heredatum 49. ff. de re judic. ibi, Pinguius enim donatori sucurrere debemus, quã ei, qui verum debitum per solbere compellitur,* con que se afiança la distincion dada, y doctrina referida. Y si se repara, en el cuerpo del derecho, no se hallarà entre los titulos de Contractos, el de donacion por no serlo rigurose loquendo.

Num. 9. Obsecus secũdo, *Quod ex æquitate Canonica ex pacto nudo oritur actio, ergo quambis acceptatio defficiat in eo tãquam nõ necessaria non præjudicat ac per cõsequẽs habes intentum,* respondo negando la consequentia, por no ser visto excluir etiam *de jure Canonico,* la acceptacion como precissa para que el acto quede complecto, *Cap. 1. & 2. de Pactis, quia pactum nudum*

non

non dicitur nisi concurrat duorum consensus, L. labeo, 2. ff. de pac tis l. si ego 24. ff. de nego. gest. luego si es menester cōsentimiēto de entrambas partes, bien corre la doctrina, y supuesto q̃ la dicha Ley quitò las solemnidades que por derecho civil eran precisas para la validacion de los contractos (que reformò) y que solo en ellos se practica su disposicion, en lo que les tocare es corectoria, y en lo demas avemos de estar al derecho civil, y conforme à el, en las donaciones, essencialmente era menester la presencia. L. absenti 10. ff. de donat. Y estando ausente se embiava ò per Epistolam, aut per Nuntium con especialidad, para que savidor aquel en cuyo favor se hazia la donacion, aceptase, Glos. 1. in l. nec ambigi, 6. C. de donat. Ant. Gom. to. 2. varia. cap. 4. n. 3. l. qui absenti, 38. ff. de acquir. pose. ibi, Sed magis destinationem suam in id tempus conferre, quo ferà vus cercior factus fuerit. Ex dictis ergo potest quod acceptatio est de substantia, & perfectione donationis, cap. 1. de conces. præven. in pensura superius adducta. Luego bien se ajusta que la ley 6. & pensura superius adducta. Luego bien se ajusta que la ley 3. no quitó la acceptacion, que por no estar innovado en la donacion, Dispositio juris communis est in viridi obserbantia, L. sancimus 27. C. de testa. cum alijs subsequẽte, mente dicendum venit; que por su defecto no tuvo juridico cōplemēto para prorrogar posession defficiẽte acceptatione, & solo el acto de fundacion de Mayorazgo (que en esto corre paridad cō las donaciones, vt communiter docent scribentes) ni la generalidad de las palabras de la ley no comprehenden el caso per jura superius, cō que à las dos objeciones se respōde.

Num. 11. La clausula del constituto, es otro acto ficto, representativo, para adquirir posessiō, en cuya virtud statim trāsit, & posessio quæritur ei, en cuyo favor se puso, L. quod meo, ff. de acquir. pose. ibi, quod meo nomine posideo, possũ & alieno nomine posidere. A la manera que el Procurador que toma posessiō en nombre del Señor, que insōtinēti quærit Domino, §. ex his itaq; apparet instit. per quas nob. acqui. de la mesma forma el constituyente adquiere para aquel en cuyo nombre se constituye poseer, d. l. quod meo, ibi, sed defino posidere, & alium possessorem ministerio meo facio, Ant. Gom. in d. l. 45. nu. 78. itaq; mediāte, esta ficcion se adquiere posessiō verdadera, d. l. quod meo, & l. certe ff. de precario, Tiraq. de jure cōstituti ampliat. 1. p. 2. & ampliat. 8. n. 1. cū seqq. vbi docet quod ex cōstituto, nō solamente la posession, sino q̃ tambien se adquiere el dominio

vtil,

vil, y directo; esta es conclusion comunmente recivida; luego (podrà dezir el Señor Fiscal) virtute dictæ clausulæ, se trásfirió en D. Beatriz no solo la posesió, sino el dominio.

Num. 11. Sin dificultad corre el argumento del numero precedente, pero se tiene de admitir en terminos aviles, que son quã do està presente aquel en cuyo favor se otorga el cóstituto, consintiendo en el, al tiempo que se constituie; pero ausente, *nisi ratum habeat*; no adquiere derecho, y la razon es, porque como el constituyente no tiene mandato en cuya virtud *sibi quærat*, como Procurador, sino que obra tanquã *negotiorum gestor*; y como tal *constituat se*, de aqui se origina la necesidad de consentimiento, de aquel en cuyo favor se celebrò el acto estádo presente; *& ratihabitione secuta estando ausente, argumento tex. in l. si ego 24 ff. de neg. gest. l. 1. §. si ratum ff. quod jussu. l. hoc jure 194. §. dejecit, ff. de res. jur. ibi ratum habeat*. No se prueba ni la presencia de D. Beatriz vt supra, ni su ratihabicion en los Autos; luego (concedido que vbiesse clausulas de constituto) bien se infiere padece este defecto substancial. Y se confirma, porque si se verificara este consentimiento, no hiziera el Señor Fiscal la diligencia que se refirió supra nu. 8. quibus præhabitis, consequécia legitima es que en nuestro casso no tiene lugar la fuerza de esta clausula, cuya forma enseña la *L. 9. tit. 30. part. 3. ibi, Otorgo q̃ de aqui adelante tengo la posesion de ella en vuestro nombre*, y faltando destituye qualquier intento contrario.

Num. 12. Esto, no puede convalecer, diziendo que *apposita censetur*, ò que se puede inferir de las palabras; porque comunmente se suele escrivir esta clausula, *ex communi Notariorum vsu*, y que assi se tiene de entéder estar puesta y expressada, *quia excluditur*.

Num. 13. Primo, porque aviédose omitido (como se omitiò) en la fundacion, *omissa censetur*, aunque en semejantes escripturas ò fundaciones se suele poner; *nam cum sit solemnitas extrinseca non præsumitur nisi probetur, l. quæcumq; 13. §. interdum ff. de publ. in rem actio. Bald. cons. 198. n. 2. lib. 2.* Y quando la naturaleza de la clausula es tal, que se requiere su expressió (pro vt in presenti) para la perfecta execucion del acto, *nisi ponatur, non judicatur opposita, Alex. in l. 2. ff. de jur. omni. jud. Mieres 1. part. quæst. 68. in fine.*

C Secundo,

Num.14. Secundo, no obsta la regla del cap *Cum M. Ferrariẽsis de const.* y la de la *l. Quod si nolit, §. qui assidua, ff. de ædil. edict. vbi quod clausula quæ ex stilo solet apponi in instrumẽto habeatur pro apposita etiam si non sit scripta,* (de que se puede valer la parte del Fisco) no es tan absoluta que estos textos la prueben: porque el cap. cum M. Ferrariensis solo prueba *quod ea quæ necessario sunt exprimenda, censentur expræssa licet omissa fuerint.* in el §. *qui assidua, solo quod ea quæ sunt naturalia contractus expræssa censentur,* como son la eviccion, la restitucion del precio, y otras de este genero, *prout considerat el Señor Presidentẽ Covarruvias lib. 1. vari. cap. 15. n. 9. Mantica de Tacit. & ambi. conven. lib. 3. tit. 9. n. 34. vers. neque.*

Num.15. Ex dictis, se à de entender limitadamente en las cosas q̃ vienen por naturaleza del cõtrato, y no de otras, *vt tradidit Alex. cons. 28. n. 5. & sequentibus lib. 2.* vnde, las cosas q̃ son de hecho, y que miran à la substancia, por mas que aya costumbre de ponerlas en los contractos; en los que no se pusieren no se an de juzgar por puestas, *Mascar. conc. 299. n. 12. Manti. post plurimos, d. tit. 9. n. 37.*

Num.16. La clausula del constituto, no viene ex natura cõtractus de el Mayorazgo, por ser materia accidental; *quæ ad est, & ab est præter instrumenti destructionem*; y que pueden vnos ponerla, y otros no, y dõde no se expressare, no se tiene de juzgar por puestos, porque si huviera de ser assi, se avia de entender del mesmo modo en todos quantos Mayorazgos se hiziesen; y tantas quantas condiciones se suelen poner en ellos, se abrian de tener por puestas en cada vno; y todo lo que por las leyes es permitido ponerse, y reducirse à pacto, porque se suelen poner en algunos contractos, se avrian de tener por puestas en todos, cosa q̃ repugna à todo derecho, como lo consideró el *Señor Presidente vbi supra, vers. similiter vbi concludit quod non debet censeri expræse omñes leges, & conditiones, quæ omissæ fuerint à contrahentibus, tametsi consuetum sit eas opponere in instrumentis, eorumq; conventionibus.*, esta no se halla la ayan expresado las partes, *& cum jure non probetur neq; inveniatur apposita hinc est,* que D. Beatriz no tiene dado consentimiento, ni se puede suplir, ni inferir, ni juzgarla por puesta, *d. l. quã cum, d. §. interdum, l. 32. tit. 5. par. 5. glos. 8. & ibi Greg.* y siendo esta clausula substancial, *omissio necessarium,* en lo que es, *vitiat omnem dispositionem, l. testamentũ*

17. *C. de testam. ex præmisis ergo apparet*, que asi por este como por los medios referidos, *Fisci exclusio manifesta patet.*

Num. 17. Otra ficcion, (y en nuestro casso la mas fuerte, y en que el Señor Fiscal nititur) introduce el derecho, que causa traslacion de posesion y dominio, q̃ es la reserva del vsufructo. Esta es conclusion recivida en el derecho, apoyada por la *L. Quis quis 28. & l. si quis argentum 35. §. sed si quidem, C. de donatio.* que son los textos capitales en la materia, y segũ el sumario de *Bart. in d. l. quis quis*, no ay en el derecho otros. Hallamonos en terminos de reserva de vsufructo que hizieron los Fundadores por los dias de su vida, y asi la ilacion es facil ex antecedenti, *ergo posesio pariterq; dominium translatum fuit*, en D. Beatriz mediante la reserva, con lo qual la pretension contraria queda *validisimo argumento vallata.*

Num. 18. Con razon se puede hazer instancia en el fundamento referido, por ser in præsenti, el que haze la mayor contradicion à nuestro intento; para cuya satisfacion, es forçoso tratar primero de ajustar si el reo læsæ Maiestatis Divinæ es capaz de adquirir, de poseer, *& à quo tempore in havilitas habeat ortum in eo*; que con la resolucion de estos punctos, se procurarà responder à la duda; y se satisfarà à la segunda parte de la divisin, que se hizo supra n. 3. quatenus, se reduce, à la incapacidad de D. Beatriz para poseer, originada del delito de Iudaysmo que cometiò, y por esta causa privadose de qualquier posesion que tuviese, y mediante esta inhavilidad suceder en su lugar el Fisco.

Num. 19. Sin dificultad està recivido en el Derecho, y entre los Doctores, que el agresor de semejante delicto, *redatur incapax posidendi imo illico bonis pribatur, cap. vergentis de hæreticis, cap. cum secundum leges eo tit. in 6. Sanchez & plures ab eo relati lib. 2. Cathalogi 1. par. cap. 14. n. 32. & 34.* porque el incapaz se reputa por muerto, *L. 1. §. sed si Patronus, ff. de conjun. cũ Eman. lib. eius, ibi pro mortuo habetur, l. si necem, 4. §. si de portatus, ff. de bonis libert. Bart. in l. hæreditas n. 30. C. de his quib. vt indig. l. vt gradatim ff. de mun. & homo, l. 2. tit. 2. part. 7. gl. 9. in fine, l. 7. tit. 5. part. 6. verbo eredat, & ibi glos. & Gregor. Quemada, quæst. Fiscal, quæst. 18. per totam.*

Num. 20. La doctrina referida, comunmente ab scribentibus admititur, pero se tiene de recivir con la limitacion q̃ enseña *Molina en el cap. 11. n. 24. lib. 4. de Primog.* donde afirma que

no

no á lugar la confiscacion de los bienes del Mayorazgo, *Quando non dum successio maioratus delata est neq; ex eius delicto bona primogenio subiecta, neq; vsus fructus; neq; commo ditates, Fisco adijci.* Palabras formales son suyas en el lugar citado, y en el mismo numero prosiguiendo dize, *Nisi is tempore facte condemnationis iam eiusdem maioratus posessor sit per ea quæ tradidit, lib. 1. cap. 19. n. 38.* Dos cosas son las de reparo en estas palabras, la vna, que no tiene lugar la confiscació en los bienes de Mayorazgo quando el Reo no posee: la segunda, que la tendrà si posee tempore factæ cōdemnationis, y assi mira à dos tiempos Molina, luego si la incursa, no poseyá prout supra, y los Autos no verifican cosa en contrario, en el vno ò otro tiempo: siguese que no ay hazienda que posea D. Beatriz sobre que caiga el embargo, y el que està hecho caer sobre bienes de D. Leonor, y deverse alçar como por su parte se pide, porque no consistiendo la causa principal, no tienen lugar sus dependencias, *vulgaris l. cum principalis, ff. de reg. iur.*

Num. 21. La resolucion de Molina en el num. precedente, habla *si post latam sententiam se halla poseyendo el Reo, habet locum confiscatio, & pribatur bonis.* La incursa nunca poseyò, y assi la doctrina se ajusta en nuestro favor. Y aunque bastaba para el intento defensa tan absoluta, y de tanta autoridad, emos de ocurrir à sus principios, asentando que nunca fue capaz de poseer la dicha D. Beatriz; de diez años cometiò segun su causa, y la fundacion fue el año de 1632. y conforme à su edad fue la institucion mas de veinte y cinco años despues, *à die delicti commissi;* y desde entonces quedò totalmēte imposibilitada de poseer ni de adquirir, *ante declarationem, & non spectata sententia, L. fin. C. ad l. Iul. Maiæ, ibi ex quo quis tale crimen contraxit, Quemada d. quæst. 18. ibi, ait hæreticum ante omnem sententiam esse incapacem, & bis se ita pronuntiasse cum esset Iudex Fisci, & quod in supremo Inquisitionis Tribunali fuit confirmatam,* (*Que por cosa juzgada en favor del intento que se ba probando para excluir el Fisco, y la decision dada por Iuez de Fisco, en propios terminos es mas relevante apoyo que assiste para la consecucion de la que se pretende,*) *Cervātes in l. 4. Tauri n. 40. ibi, & si nondum hæreticus damnatus sit nec eius hæresis sciatur,* (y alli la diccion non sciatur, es digna de reparo, quatenus, se opone à lo que dize el Señor Fiscal, que mientras estubo en oculto

oculto el delicto pudo adquirir,) *Azor to. 1. instit. moralium, cap. 8. quæst. 1. Simanc. de Chatolic. instit. cap 9. n. 21. vbi plures l. 4. tit. 26. part. 7. verba, por Herege, vbi à die commissi criminis quod est secundum jus canonicum cui in his standum est dixo Greg. en la glosa 7. d. cap. cum secundum leges de hære. in 6.* segú las doctrinas referidas, desde el dia que cometiò el delicto no quedó avil, aunque fuesse encubierto, no pudo adquirir, y la cosa juzgada que en favor de esta resoluciõ se à traido, haze verdadera la conclusion.

Num. 21. Esta privacion en el tiempo, y desde el tiempo que se à dicho, se á de entender activa, y pasiva, en aborrecimiẽto y castigo del delicto, para que de todos modos le sienta. *L. 5. tit. 25. part. 7. ibi, E avn de mas de esto vẽdida ò donacion que le vbiesen fecho de aquel dia q̃ le entro en el coraçõ de fazer esto, nõ queremos que vala, L. 4. tit. 26. part. 7. §. legari instit. de legat. & ibi glosa communiter recepta, Mieres 1. par. quæst. 1. n. 65. vbi plures, & ex n. 91. vsq; ad 93. y en el 95. dà la razõ, ibi, Quod maioratũ factum in favorem hæretici, & si non fuerit declaratus inefficacem esse tãquam factũ in gratiam incapacis, & eius cui nihil acquiri potest,* que no pudo ajustarse mas al intento. Luego si desde el dia que propuso cometer el delicto (áque corresponde la palabra de la Ley *de aquel dia q̃ le entro en el coraçon de fazer esto*) se pribò de poder succeder, el estar oculto no le puede conferir derecho para la adquisicion; que los Fũdadores la excluyen, la facultad Real la haze incapaz, bien se infiere que en ningun tiẽpo pudo adquirir, no pudiendo adquirir, no pudo poseer, no pudiendo poseer *nihil quæritur fisco, Bart. in l. hæreditas n. 3. ff. de his quib. vt in dig. l. 3. ff. de his quæ pro non scrip. hab. ibi, si in metallum damnato,* (y concluye el Iuris consulto) *quid extra causam alimentorum relictũ fuerit pro non scripto est, neq; ad fiscum pertinet nam pœnæ servus est non Cæsaris.* Con evidencia pues, se prueba que aora sea post latam sententiá, aora ante declarationem, y q̃ el delicto sea oculto, *semper & omni tempore excluditur propter inhabilitatem contractam à die commisi criminis etiam oculti*, itaque no aviendo llegado á poseer en ninguno de los dos tiempos, se ajusta la proposicion de los tres puntos propuestos en el n. 19. concluiendo que no es avil de poseer el Reo de læssa Magestad divina *vllo tẽpore quod procedit* desde que empeçó à delinquir, *neq; active, neq; pasive.*

Num.23. Cœterum, porque quãdo (sine præjuditio veritatis) fuera capaz D. Beatriz, no avia llegado el casso de poseer, porque este Mayorazgo no fue puro en su fundacion, à *causa q̃ por la reserva del vsufructo se dilatò la execucion del goze, d.l. quis quis, vbi Doctores, y averse conferido el acto post mortem fundatoris, con que es visto ser in diem, l. cũ Pater 77. §. filia, ff. de legat. 2. §. post mortẽ instit. de inutil stip. l. 12. tit. 11. p. 5. vers. fueras ende, y averse cõfirmado cõ su muerte D. Iuã del Castillo lib. 2. cap. 18. n. 7. & 19.* como de la clausula de la fundacion tãbien consta. Y si, la de Manuel Diaz fue mucho despues de estar en estado la causa de su hija, no avia llegado el casso, con cuyo cõplemẽto quedase pura la fundaciõ para poseer, y oy por la supervivencia de D. Leonor su Madre fundadora tambien no es llegado, conforme à dicha clausula, donde tratando de la reserva de vsufructo que hazen prosiguiendo en ella dizen. *De forma q̃ hasta el dia de nuestro fallecimiẽto los avemos de desfrutar,* (y en ella añadè) *y se declara, q̃ Nos los susodichos, el vno sin el otro, y el otro sin el otro, no avemos de poder alterar este Vinculo, y Mayorazgo, en cosa alguna, porque lo que en este caso se hiziere, à de ser, y sea, por consentimiẽto, y beneplacito de ambos. Y lo que de otra manera se hiziere, sea en si ninguno; y si qualquiera de los dos muriere, el que de Nos quedare vivo, no lo â de poder gravar, alterar, ni minorar, en todo, ni en parte, porq̃ à de quedar fixo para siempre.* De cuya cõtextura se reconoce no estar en terminos dum vixerit D. Leonor, ex quo morbo etiã laborat D. Beatriz, luego bien se infiere no estar en los de posessiõ, que junto con los de incapaz pro vtraq; parte està excluida.

Num.24. Quibus ita præhabitis. Si la reserva de vsufructo es bastãte à la traslacion de posession, vt supra n. 18. (de que no se duda) su practica se tiene de entender que à de ser capaz, que es limitacion suya en nuestro casso; per superius dicta; y assi aunque la conclusion es cierta *in suo esse,* no le dà lugar à su entrada el impedimento que se le puso por parte de D. Beatriz, porque la hallò notada con esta lave; con que se satisface à la oposicion del Fisco, y se responde à la primera, asentando que la incursa no tuvo la posession civil, ni natural, prove supra n. 4. ni la ficta, de qua n. 5. ninguna de sus tres especies, n. 6. 11. & 18. por defecto de solemnidad de de fecho la primera, n. 7. 8. & 9. & 10. por no hallarse la clausula del constituto en la segunda, ex n. 11. vsq; ad 17. Y por

D

aver

aver resistido la entrada D. Beatriz cō su delicto à la tercera especie, n. 19. vsq; ad 23. que la halló la sentencia sin possession, que *se inavilito à die commissi criminis*, y que ex tunc nō pudo adquirir aūque estuviese oculto. Que dado estuviera capaz por no ser la fundacion in diem, que es purificacion suya, y despues de estar presa, y su causa en estado, aver muerto su Padre, goçar su Madre, en la forma que da la clausula referida; aun no era llegado el casso de poseer. Y hallādose sin ninguna, nūca el embargo pudo hazerse en bienes de D. Beatriz, y el hecho es en bienes de D. Leonor, q̄ por las razones dichas no puede subsistir.

Num. 25. Con lo referido en los numeros antecedentes, donde sigilatim se à tratado de lo que contiene la segunda opposicion, de qua supra n. 1. prout reducitur à que en virtud de la fundacion y llamamiento adquiriò luego D. Beatriz, miētras estuvo oculto el delicto, se à respondido en ellos respecto de la vnidad, que en su formacion tiene entre si estas dos opposiciones, y que por su conexion, à sido forçoso tratar dellas promiscuamente, con que se escusa nueba repeticiō. Y asi pasaremos á tratar de la tercera, y vltima opposiciō, mirando siempre à la brevedad, porque con ella gaudent moderni, *L. ampliorem 39. C. de appellationibus.*

Num. 26. Consiste el vltimo reparo que haze el Señor Fiscal, para que no tēga lugar el desembargo, en que, en este Mayorazgo el llamamiento que hizieron los Fundadores à los successores inmediatos, (en casso que alguno de los poseedores cometiessen delicto de læssa Magestad divina, humana, ò pecado nefando) es en fraude del Fisco, y contra la facultad Real, y que asi se tiene de declarar aver lugar la confiscacion del Mayorazgo, y deverse denegar el desembargo pedido por D. Leonor de Alfaro.

Num. 27. Para responder à esta duda methodicamente, se dividirà en dos partes, la vna, que la clausula es en fraude del Fisco, y la otra, que es contra la facultad Real, & sic primo ad primam partem deveniemus. El llamamiento que hizierō en esta fundacion, no es nuevo ni estraño, del que comunmēte se suele poner, porque la voluntad de los Fūdadores, solo mitò à la privacion del que intentare prevaricar, y conservacion de la familia, no à defraudar el Fisco, y las palabras de la clausula miran, à aquel, y no á este fin, *ibi, El que intētare*

3 Vltum ... xicatus con ... v. Cantera ... no de Heret... 50, 357, e...

tare ò tratare de lo cometer (y prosiguiendo) pase luego al siguiẽte. *Ecce quomodo solum cogitaberunt fundatores de pribatione causa conservandæ familiæ tantum, & non de Fisco fraudando*, y se comprueba, porque en aborrecimiento de este delicto dispone la fundacion *que ningun Moro, Iudio, ni incapaz sucedan, sino que le priba por el mesmo casso, y que pase al siguiente*, y la disposicion tiene de obrar conforme à la disposicion del agẽte, *d. l. non omnis ff. de reb. cred. & si cerpeta, & alia jura adducta supra n. 7. Rursus, porque la disposicion se vicia si ad eũ cassum devenit, à quo in eboari non potuit. Y aviendo de tener principio llegado el casso como en el presente nunca le pudo tener, L. pro parte 11. ff. de servitu. l. pluribus §. & si placeat, ff. de verb. obligat Pichard. in §. excontrario, vers. quod si vtivo instit. de legatis, n. 8.* Luego si la incapacidad es, la que excluye à la incursa, porq̃ la disposició lo veda, y el cassó està en terminos que no puede venir al efecto por no poder principiar, sequitur que à este fin, y no al fraude, resistido por la incapacidad juridica mira la disposicion, provt etiam infra.

Num. 28. Primo, porque los bienes sujetos à la restitucion, no se confiscan, imo pasan à quié se deuen restituir, *L. Imperator ff. de fidei comis. liber, & ibi Bart. l. status florus 45. §. Cornelio fælici ff. de Iure Fisci, Alex. cons. 23. volum. 1. Greg. Lopez in l. 6. tit. 11. part. 6. glos. 4. vbi* hablando en nuestro casso, y si à lugar en el Fisco *concludit per textũ in d. §. Cornelio Fælici, ibi Quæ omnia procedunt nisi per tenorẽ investituræ seu maioriæ provisum esset, quod statim in cassu confiscationis, bona maioriæ trãseant in illam personam quæ post mortem delinquentis vocatur ad maioriam, vel alias in hoc disponatur; nam tunc servavitur dispositio maioriæ, quando facta fuit facultate Regia.* Actenus, itaq; en los bienes del Mayorazgo en fuerza de la clausula no tiene derecho el Fisco, pero ni en el vsufructo, y no teniendole en el vno ni en el otro, *mediante juris dispositione quæ operatur in his, merito ergo dicendum est, que la clausula no mirò al fraude del Fisco.*

Num. 29. Lo segundo, porque aviendo como ay prohibicion de enagenacion, *Bona non possunt transire in fiscum ocassione confiscationis quia jura quæ non possunt in hæredem extraneum transire, non possunt transire in fiscum, qui loco extranei habetur successoris, L. jura libertorum, & ibi Bart. ff. de jure patro. l. peto, §. fratre, l. filius familias, §. divi ff. de legat. 1. Hæc prohibitio opponitur*

ponitur fisco ad hoc vt successionem sibi quærat saltim efficaciter, Boeri quæst. 278. n. 6. vbi plures Greg. supra Molina lib. 1. cap. 20. n. 9. & lib. 4. cap. 11. n. 11. At sic est que esta clausula y la referida en el numero antecedente, (que communiter solent opponi) miran aquella, á la restitucion de los bienes á quien toca, y esta, à la repulsa de los estraños, primo, & principaliter, ergo si con su determinacion y naturaleza juridica excluyen al Fisco, *Quod non ministerio hominis, sed ex dispositione juris contingit* sequitur, que averlas puesto, no fue violentando su naturaleza, sino para que conforme à ella obren, y si ellas se oponen al Fisco, no le tiene de ser daño so á la pretension, ni los Fundadores les dieron essa fuerza, que esencialmente la tienen ellas en si; demas, de q̃ lo mesmo se podria dezir de las demas clausulas, que fuesen de la calidad de estas, y por esta causa excluirlas siempre; ex quibus infertur evidentissime, que no con el animo en la forma que la oposicion del Señor Fiscal dize, sino con el referido se pusso: y assi, lo expressa la clausula de la fundació, ibi, *No por hazer fraude al Fisco, sino por cõservar nuestra memoria,* y respecto desta expressió de animo, omnis tollitur dubitatio. Y se respóde à la primera parte de la duda de qua supra.

Num. 30. La segunda parte, dum asserit, que es contra la facultad Real, parece que el intento en que se puede fundar el Señor Fiscal para su motivo; es, que, etiam en estos cassos, dà los bienes por perdidos, y que assi D. Leonor, no se puede ayudar de las clausulas referidas, sed respondetur.

Num. 31. El objeto de las palabras de la clausula (ibi, *Al que intentare, ò tratare de cometer*) fue la privacion del Mayorazgo, y conservacion de la familia, (provt supra) y de este la primera parte, mira al castigo en aborrecimiento del delicto; y la segunda, á la conservacion, premiando al que no delinquiere con el beneficio de que le goçe. Es relebante la consideracion del modo con que habla, y el tiempo de que habla, porque es muy diferente del fin que puede pretender el Fisco, porque dezir *El que intentare ò tratare de cometer, no es dezir que ya cometiò; y assi se dirigen al tiempo que tratò de cometer, y como esta direccion, no es de tiempo de delicto cometido, q̃ es por donde, y quando, el Fisco quasi contrahit con el delinquente, y el mediante se le adquiere derecho; hinc est què en nuestro casso por la formalidad de las palabras, queda el Fisco excluido, y que su tenor*

nor no sea contra la facultad Real; vnde jure optimo se pudo pōner dicha clausula y que en la forma que esta tiene lugar para los termi nos en que nos hallamos; y validissima para responder al contexto de la opposicion. Este reparo le apoya Molina lib. 4. cap. 11. n. 17. la duda la muebe en el n. 11. donde tratando si los bienes del Mayorazgo valeāt in Fiscum transire vbi alienatio prohibita est propter decissionem, d. §. Cornelio Felici, que ba interpretando concluye q̃ ni el Mayorazgo, ni el vsufructo; communi voto in Fisco durante vita poseforis non transit. Y en el n. 56. del lib. 2. cap. 12. refiere esta doctrina, vbi plures, y que en estos cassos hora preambula, *babet locum, Ant. Gomez in l. 40. Tauri n. 91. vers. quod tamē singulariter limita, & intellige.* Luego, si las palabras no miran al delicto contraido, que es el que pudiera protrogar derecho al Fisco, de aqui es, que no se contraria con la facultad Real, (*quia jura juribus expedit concordari, l. sed, & posteriores, ff. de legi, & l. non est nouum, eo tit. y avn el Brocardico dize, distingue tempora, & concordabis jura.*) y que tiene de recivirle su determinacion, y que las clausulas referidas, y sus doctrinas asisten à este intento, *maxime cum non posideat* D. Beatriz y con esta misma limitacion, habla la clausula de la facultad ibi, *ò los que por tiempo succedieren en el, y en ella mesma, luego priba à los que cometieren qualquiera delos tres delictos*, de forma que siempre bá sobre el supuesto de poseer, porque esso dize la palabra *sucedieren en el, Molina supra n. 18. Ant. Gomez supra, & est classicorum concors doctrina.* Ex quibus, se respon de à la opposicion, y replica concluyendo, que las clausulas de llamamiento no son en fraude del Fisco, ni contra la facultad Real, que su determinacion corre en el poseedor, pero no en la dicha D. Beatriz que ni à poseido, ni nunca fue capaz de poseer; per superius notata.

Num. 32. Ex adductis, se à respondido à los tres punctos del nu. 1. que son à los que se reduce el pleyto, satisfaciendo à la posession q̃ en ningun tiempo residiô en la incursa, por averla inhavilitado su delicto, y que no se la protrogaron la fundacion, y llamamiento, que los que hizieron los fundadores en la forma que estàn, no son en fraude del Fisco, ni en contravencion de la facultad Real, por la diuersidad del tiẽ po; que en la formalidad de las palabras se considera; quedando por indubitable, que ni à el Mayorazgo en propiedad, ni al vsufructo, tiene derecho el Fisco. Y finalmente, que

que el pedimiento de D. Leonor de Alfaro, es ajustado por las doctrinas que le asisten, con que su justicia queda por todas partes sin escrupulo, ni estorbo que la impida, para que se alce el embargo que á pedido: porque el hecho, es en bienes suyos, y no de su hija, con que viene à padecer por ella en su hazienda. Y dado casso que le faltase el derecho referido en su favor, (*quod posibile non videtur*) y que se considere destituida, no le puede faltar el goçe del vsufructo, duráte los dias de su vida. Question es comunmente tocada, y aun que no se necessita della en nuestro casso, y su decision ser le favorable á D. Leonor, se tratarà della ppr remision, mas para que se reconozca que vndi que tiene justicia, que para hazer en ella la mayor instancia:

Num. 33. El texto capital della es, la *L. Statius Florus* 48. §. *Cornelio Felici iam multoties citado, en cuya especie Paulo propone vn hijo que instituye à su Madre por eredera fideicomissariamente, & rogavit eam, que despues de su muerte restituyesse la erencia a felix esta poseyendo, cometio delicto, por el qual despues se le confiscaron todos los bienes, & sic hæreditas, felix se ante pœnam esse dicebat, y responde el Iurisconsulto, Sed si nō dum dies fideicommissi venisset, quia posset prius ipse mori, vel etiam mater alias res adquirere repulsus est interim, à petitione.* Con la resolucion del Consulto, se sotisface à la duda, porque durante la vida de doña Leonor, no es llegado el casso hasta que con su muerte natural, cedat *Sic Bart. in summario d. §. itaq; concluyen los Doctores q̃ tiene de gozar del vsufructo por los dias de su vida, sic Molina vbi supra n. 32. in d. cap. 11. ex n. 6. vsq; ad 14. Ant. Gom. d. l. 40. d. n. 91. & plures relati ab eis.* Y en otras partes de este papel se à tocado, con que erit otiosum transcribere. Y assi parece por todas partes ser llana la pretension de doña Leonor para obtener, y quando no estuviera su justicia con tantas evidencias, y por tantos derechos manifiesta, sino que estuviesse en casso dudoso, *Contra Fiscum respondendum erat dixo la Ley Non puto, 10. ff. de Iure Fisci.* Y vna de las acciones que hizo justificado y celebre al Emperador Marco Antonio el Philosopho fue, q̃ enlas causas fiscales, nunca favoreciò al Fisco, segun refiere Iulio Capitolino en su vida, atq; ex his se espera la determinacion en favor de D. Leonor, salvo.

¶ *Lic. Don Gregorio de los Reyes.*

Sali con el pleyto